

ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O NOVO CÓDIGO

Eugênio Facchini Neto*

INTRODUÇÃO

I PARTE

1 Noções gerais e evolução histórica. Modelos de responsabilidade civil

2 As funções da responsabilidade civil

II PARTE

3 A responsabilidade civil no novo Código Civil. Aspectos genéricos

4 Do abuso de direito

5 Da responsabilidade civil objetiva do art. 927, parágrafo único

6 Responsabilidade pelo fato do produto

7 Da responsabilidade civil dos incapazes

8 Da responsabilidade civil pelo ato de outrem

9 Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores

10 Responsabilidade civil dos empregadores e comitentes

11 Da responsabilidade pelos atos lícitos

12 Responsabilidade civil pelo fato dos animais

13 Da responsabilidade civil pelo fato das coisas

14 Da indenização em caso de danos à pessoa

15 Responsabilidade civil na área da saúde

16 Da prescrição

CONCLUSÕES

O principal objetivo da disciplina da responsabilidade civil consiste em definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as idéias de justiça e equidade dominantes na sociedade¹.

* Doutor em Direito Comparado, pela Universidade de Florença (Itália), Mestre em Direito Civil, pela USP, Diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS, Professor da PUC/RS (graduação, Mestrado e Doutorado), Magistrado no Rio Grande do Sul.

¹ ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato**. Milano: Giuffrè, 1995. v. II, Istituti. p. 316.

INTRODUÇÃO

Propõe-se analisar, na primeira parte do presente trabalho, o instituto da responsabilidade civil extracontratual à luz de suas funções e modelos. Para tanto, acentuar-se-á o sentido da sua evolução histórica, suas tendências contemporâneas, com menção às funções (reparatória/compensatória, punitiva ou dissuasória) que tal instituto é chamado a desempenhar modernamente e os modelos (subjetivo, objetivo, misto, socializado) presentes no direito comparado. Em seguida veremos de que forma o novo Código Civil insere-se nessas tendências, concluindo-se com uma rápida incursão nas modificações mais significativas do novo estatuto relacionadas com o tema.

I PARTE

1 Noções gerais e evolução histórica. Modelos de responsabilidade civil

Responsabilidade civil é a obrigação que incumbe a uma pessoa de reparar o dano causado a outrem por ato seu (responsabilidade direta), ou pelo ato de pessoas (v.g., responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, do empregador pelos atos danosos praticados por seus empregados, dos preponentes pelos atos dos prepostos, etc.), fato das coisas (os casos clássicos da *actio de effusis et dejectis* e da *actio de positis et suspensis*, bem como sua aplicação moderna, relativamente aos danos causados pelas coisas potencialmente perigosas, como o automóvel), ou fato dos animais a ela ligados. Na verdade, o dano ocorrido não se cancela mais da sociedade: o ressarcimento não o anula. Trata-se simplesmente de transferi-lo de quem o sofreu diretamente para quem deverá ressarcir-lo².

O casuísmo que caracterizou o direito romano impediu o surgimento de um princípio geral de responsabilidade que abrangesse toda e qualquer espécie de dano. Foi somente com Domat³, no séc. XVII, que desabrochou, no solo fértil criado pelo jusnaturalismo, o princípio genérico da responsabilidade civil.

Por outro lado, durante a maior da evolução histórica do direito não se distinguia claramente a esfera da responsabilidade civil da sua dimensão penal. Quando se compelia o agente causador de um dano a pagar uma importância em dinheiro à vítima, não se tinha a clara percepção se tal pagamento era devido como forma de se punir o agente pela prática de um ilícito, ou se isso se dava como forma de se indenizar a vítima. Somente em tempos mais recentes é que se abandonou o viés punitivo para se fixar no aspecto reparatório/compensatório da responsabilidade civil.

Diante dessa histórica vinculação da responsabilidade civil com a responsabi-

² É a lição de Pietro Trimarchi, **Rischio e responsabilità oggettiva**, Milano: Giuffrè, 1961, p. 16.

³ Celebérrima a seguinte passagem de sua “*Les lois civiles dans leur ordre naturel*” (Livre II, Titre VIII, Section IV, article premier): “toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce que l’on doit savoir ou autres fautes semblables, si légères qu’elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l’imprudence ou autre faute y a donné lieu”.

lidade penal, os textos jurídicos mais antigos (desde os Códigos de Hamurabi e de Manu, passando pela legislação romana e prosseguindo ao longo do período medieval) adotavam a idéia da especificação das hipóteses geradoras de responsabilidade civil. A evolução posterior tem sido no sentido de cada vez mais generalizar as regras da responsabilidade civil (mediante cláusulas gerais de responsabilidade civil, nos sistemas codificados, ou através de uma aplicação extensiva do *tort of negligence*, no caso dos sistemas de *common law*), ao passo que ciência penal procura, cada vez mais, precisar claramente os elementos do delito penal.

Dentro deste contexto, a importância do Código Civil francês de 1804 é paradigmática, pois ali ficou consagrado, em termos claros, que “todo e qualquer fato do homem, que causa um dano a outrem, obriga o culpado a repará-lo” (art. 1.382). Ou seja, ficou consagrado o princípio da atipicidade da responsabilidade civil, mediante cláusula geral instituidora de uma responsabilidade subjetiva, isto é, baseada na culpa.

Até o final do século XIX o sistema da culpa (MODELO SUBJETIVO) funcionou satisfatoriamente. Os efeitos da revolução industrial, com o aumento dos conglomerados urbanos e o advento da chamada “era do maquinismo”, em que o homem passou a conviver quotidianamente com máquinas e aparelhos potencialmente causadores de danos – tudo isso fez com que se rompesse o equilíbrio. A máquina trouxe consigo o aumento do número de acidentes, tornando cada vez mais difícil para a vítima identificar uma ‘culpa’ na origem do dano e, por vezes, identificar o próprio causador do dano. Daí o impasse: condenar uma pessoa não culpada a reparar os danos causados por sua atividade ou deixar-se a vítima, ela também sem culpa, sem nenhuma indenização.

Para resolver os casos em que não havia culpa de nenhum dos protagonistas, lançou-se a idéia da responsabilidade objetiva (MODELO OBJETIVO), descartando-se a necessidade de uma culpa subjetiva. Afastou-se, então, a pesquisa psicológica, do íntimo do agente, relativizou-se a necessidade de se perquirir sobre a previsibilidade do dano, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. A idéia de responsabilidade objetiva, porém, abrange uma miríade de teses e enfoques diversos – dentre as quais destacam-se as teorias do risco-proveito, do risco-criado e a idéia de garantia.

A idéia de risco-proveito foi imaginada tendo em vista uma situação especial: a responsabilidade do empregador no caso de acidente de trabalho em que fossem vítimas seus empregados, no contexto do final do século XIX, início do século XX. Assinalou-se, então, que quem recolhesse as vantagens de uma atividade alheia, deveria indenizar aqueles que tivessem sido vítimas de acidentes: *ubi emolumentum ibi onus; cuius commoda, eius et incommoda*. Posteriormente, como se sabe, evoluiu-se da concepção de uma responsabilidade pessoal do empregador pelos acidentes de trabalho, para a obrigação legal do empregador celebrar seguro privado de responsabilidade civil em benefício de seus empregados, chegando-se após, em todos os sistemas jurídicos, ao seguro social, em que o empregador recolhe um percentual

sobre a folha de pagamento a um fundo previdenciário autônomo, do qual a previdência estatal retira os valores (tarifados) necessários para a indenização dos acidentes de trabalho. Atualmente, em nosso sistema, o empregador responde pessoalmente – e de forma complementar ao sistema previdenciário – apenas quanto tiver agido com dolo ou culpa, nos termos do art. 7º, inc. XXVIII, da C.F./88 (embora uma corrente minoritária no Tribunal de Justiça gaúcho admita a presunção relativa de culpa, com a inversão do ônus da prova).

Evoluiu-se, posteriormente, para a teoria do risco-criado, considerando-se que pelo simples fato de agir, o homem muitas vezes cria riscos potenciais de dano para os outros. É justo, portanto, que suporte ele os ônus correspondentes⁴. Nesta teoria, a responsabilidade não é mais a necessária contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável do agir humano. A idéia do risco passa a ligar-se a qualquer atividade humana que seja potencialmente danosa à esfera jurídica alheia – as chamadas atividades perigosas. Concretizando-se tal potencialidade, surge a obrigação de indenizar⁵. Uma outra idéia que encontra abrigo no amplo espectro da responsabilidade objetiva é a de garantia, que é particularmente eficiente para explicar certas espécies de responsabilidade objetiva, como quando o autor direto do dano é desprovido de bens ou renda⁶. Ou seja, o legislador, exemplificativamente, ao responsabilizar os pais pelos atos dos seus filhos menores, teria visado assegurar às vítimas a efetivação de seu direito à indenização dos prejuízos injustamente sofridos, direito este que restaria seriamente comprometido se dependesse unicamente da solvabilidade do autor direto do ato danoso.

Uma idéia que transita sob a mesma denominação, porém com configuração

⁴ Uma das aplicações desta teoria pode ser percebida no fantástico desenvolvimento da responsabilidade pelo fato das coisas, na jurisprudência francesa. Sobre tal aspecto, v. Geneviève Viney – in: Jacques Ghestin (dir.), *Traité de Droit Civil*, volume dedicado à *Introduction à la Responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1995, esp. p. 292.

⁵ Este seria o caso da responsabilidade do proprietário de um veículo. Possivelmente não houve, na história da humanidade, uma outra invenção que tenha ceifado mais vidas do que o automóvel. O proprietário de um veículo deve ter plena consciência da sua enorme potencialidade danosa. Sabedor disso, ele deve ter consciência dos riscos agregados quando coloca um veículo em movimento. Se tal potencialidade de dano vier a se concretizar, deve o proprietário assumir o dever de indenizar.

Já em 1942 o Código Civil italiano estabelecia, em seu art. 2054, a responsabilidade objetiva do condutor do veículo, solidariamente com o seu proprietário, pelos danos causados pela circulação do mesmo. Andrea Torrente e Piero Schlesinger referem, a propósito, que a circulação de veículos *constitui uma típica atividade perigosa* – *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè: 1995, p. 636.

Também no sistema pátrio vem se entendendo, embora sem muita clareza e sem tanta coesão, que a responsabilidade civil em matéria de acidentes de trânsito é de natureza objetiva (idéia de risco-criado), no sentido de que os riscos derivados da circulação de veículos devem ser suportados pelos proprietários dos mesmos, desde que presente relação de causalidade adequada e ressalvada a demonstração da inexistência ou a ruptura de nexo causal, ou seja, a ocorrência de força maior, culpa exclusiva da vítima e ato de terceiro. Nesse sentido: STJ, 4ª.T., AgResp 250237/SP, D.J. de 11.09.2000 e STJ, 3ª. T., REsp 56731/SP, DJ de 10.03.97.

⁶ Este, por exemplo, é o posicionamento de Mazeaud-Tunc (*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Buenos Aires: E.J.E.A., 1963, t. I, vol. II, p. 513 e p. 525), Sourdat (*Traité Général de la Responsabilité*, Paris: I.L.G.J., 1911, t. II, p. 64), Henri Lalou (*La Responsabilité Civile*, Paris, Dalloz, 1928, p. 231/232), e mais recentemente, Mauro Bussani (*As peculiaridades da noção de culpa – um estudo de direito comparado* (trad. de H. Saldanha), Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000, p. 15).

distinta, foi formulada por B. Starck⁷. Diz ele que todos possuem direito à vida e à integridade física, da mesma forma que têm direito à integridade material dos bens que lhes pertencem. Existindo estes direitos subjetivos, “eles devem ser protegidos e garantidos pelo Direito” [objetivo]. Ou seja, Starck reconhece a existência de um direito individual à segurança, cuja violação não autorizada constitui um dano causado em contrariedade ao direito, uma injustiça em si mesmo, independentemente das disposições psicológicas do seu causador.

O foco atual da responsabilidade civil, pelo que se percebe da sua evolução histórica e tendências doutrinárias, tem sido no sentido de estar centrado cada vez mais no imperativo de reparar um dano, do que na censura do seu responsável. Cabe ao direito penal preocupar-se com o agente causador do dano. Ao direito civil, contrariamente, compete inquietar-se com a vítima.

De certa forma, tende-se a substituir a idéia de um débito ressarcitório derivado de um ato ilícito a cargo do sujeito responsável, pela noção de crédito a uma indenização a favor da vítima de um dano injusto⁸. Trata-se de uma verdadeira inversão de perspectiva, com inúmeras conseqüências no âmbito da responsabilidade civil.

O fato é que a moderna responsabilidade civil comporta tanto a culpa quanto o risco (MODELO MISTO). Quando a culpa não puder fundamentar o direito à indenização, passa a atuar o modelo objetivo. Isto porque, numa sociedade realmente justa, todo dano injusto deve ser reparado ou compensado.

Como refere Karl Larenz, trata-se “de levar a cabo uma justa distribuição dos danos: quem causa um dano a outrem por meio de um ato antijurídico”, ainda que sem culpa, está mais “sujeito a ter que suportar o dano do que aquele que diretamente o sofreu, sem ter contribuído para o evento”⁹.

Nas últimas décadas, porém, percebe-se que esse modelo misto tornou-se mais complexo, com o surgimento de um outro modelo de responsabilidade, não individual, mas coletiva (MODELO SOCIALIZADO, também chamado de COLETIVIZADO ou SECURITIZADO), fundada na idéia de solidariedade. Busca-se a socialização da responsabilidade e dos riscos individuais, de modo a garantir uma assistência econômica a qualquer vítima de um acidente. Nesse sistema, o Estado absorveria todos os riscos e os redistribuiria por todo o corpo social, através de um imposto. Assim, o prejuízo de um seria suportado, afinal, por todos.

Este terceiro modelo vai além da idéia de uma simples responsabilidade objetiva, pois esta permanece uma idéia vinculada a parâmetros individuais, ao passo que o modelo ao qual agora nos referimos transcende o indivíduo e socializa as perdas, transferindo-se para toda a sociedade, ou para um setor desta, uma parte do prejuízo

⁷ “Domaine et Fondement de la Responsabilité sans Faute”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n° LVI, ano 1958, p. 509 e *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris: L. Rodstein, 1947, p. 217/218.

⁸ De acordo com Guido Alpa, *Trattato di Diritto Civile*, vol. IV, *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 7.

⁹ LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: Fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1985-1990, p. 118/119.

zo. A hipótese, aliás, não é nova, bastando lembrar o *modus operandi* do seguro de responsabilidade por acidente de trabalho, bem como no campo do seguro obrigatório de responsabilidade civil envolvendo veículos automotores¹⁰.

Costuma-se dizer que onde o sistema de seguridade social se apresenta particularmente abrangente, de modo a satisfazer adequadamente o princípio da segurança ‘do berço ao túmulo’, a responsabilidade civil poderá recobrir territórios mais limitados e ser ativada de acordo com seus princípios clássicos¹¹. Onde, ao contrário, for deficiente o sistema de seguridade social, parece inevitável que o modelo de responsabilidade civil venha a desenvolver uma função camuflada de um tipo de ‘seguridade social privada’, cumprindo, em via supletiva, uma função distributiva de riqueza.

2 As funções da responsabilidade civil

A função clássica exercida pela responsabilidade civil, conforme visto até agora, é a reparatória (também chamada de ressarcitória ou indenizatória), pela qual se atribui à responsabilidade civil a função de garantir a reparação de um prejuízo material, sob a égide do princípio da *restitutio in integrum*. Quando se trata de danos imateriais ou não patrimoniais (dos quais o dano moral é uma das espécies), prefere-se utilizar a expressão *compensação*, já que os danos imateriais são, por essência, irreparáveis.

Mas outras funções podem ser desempenhadas pelo instituto. Dentre essas, avultam as chamadas funções punitiva e dissuasória¹². É possível condensar essa tríplice função em três expressões: reparar (ou compensar), punir e prevenir (ou dissuadir). A primeira, e mais antiga, dessas funções é conhecida e a ela já fizemos referências. Vejamos as outras duas.

Função punitiva. A função punitiva, presente na antigüidade jurídica, havia sido quase que esquecida nos tempos modernos, após a definitiva demarcação dos espaços destinados à responsabilidade civil e à responsabilidade penal. A esta última estaria confinada a função punitiva. Todavia, quando se passou a aceitar a

¹⁰ As duas experiências mais ousadas dentro desse modelo ocorreram na Suécia e na Nova Zelândia, onde se busca garantir a indenizabilidade de qualquer acidente sofrido por uma pessoa. Tais programas são mantidos através de fundos instituídos por uma imposição tributária generalizada. Uma análise dos sistemas representativos desse terceiro modelo de responsabilidade civil, encontra-se em Giulio Ponzanelli, *La Responsabilità civile – Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, esp. pp. 119 a 148, e em Giovanni Comandé, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali – Studio di diritto comparato*. Torino : G. Giappichelli Editore, 1999, esp. p. 141 a 278.

¹¹ É por isso que, em doutrina, fala-se, por vezes, em *zenith* (André Tunc) ou de parábola (F. Busnelli) da responsabilidade civil, exatamente para sublinhar o fato de que este instituto, depois de ter atingido seu ápice no séc. XX, estaria começando a perder terreno diante de outros institutos em ascendência, igualmente finalizados a disciplinar o custo social dos acidentes, como, por exemplo, o seguro e a previdência social.

¹² Note-se que os antigos sistemas socialistas de responsabilidade civil concediam maior importância que os sistemas ocidentais às funções de prevenção e dissuasão de condutas anti-sociais que igualmente seriam ínsitas na responsabilidade civil, como refere ANDRÉ TUNC, *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. XI, *Torts*, Chapter 1, Introduction, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1974, p. 12.

compensabilidade dos danos extrapatrimoniais, percebeu-se estar presente ali também a idéia de uma função punitiva da responsabilidade civil. Para os familiares da vítima de um homicídio, por exemplo, a obtenção de uma compensação econômica paga pelo causador da morte representa uma forma estilizada e civilizada de vingança, pois no imaginário popular está-se também a *punir* o ofensor pelo mal causado quando ele vem a ser condenado a pagar uma indenização. Com a enorme difusão contemporânea da tutela jurídica (inclusive através de mecanismos da responsabilidade civil) dos direitos da personalidade, recuperou-se a idéia de *penas privadas*. Daí um certo *revival* da função punitiva, tendo sido precursores os sistemas jurídicos integrantes da família da *common law*, através dos conhecidos *punitive* (ou *exemplary*) *damages*. Busca-se, em resumo, ‘punir’ alguém por alguma conduta praticada, que ofenda gravemente o sentimento ético-jurídico prevalecente em determinada comunidade¹³. Tem-se em vista uma conduta reprovável passada, de intensa antijuridicidade¹⁴.

Função dissuasória. Distingue-se esta da anterior por não ter em vista uma conduta passada, mas por buscar, ao contrário, dissuadir condutas futuras. Ou seja, através do mecanismo da responsabilização civil, busca-se sinalizar a todos cidadãos sobre quais condutas a evitar, por serem reprováveis do ponto de vista ético-jurídico. É óbvio que também a função reparatória e a função punitiva adimplem uma função dissuasória, individual e geral. Porém, esse resultado acaba sendo um ‘efeito colateral’, benéfico, mas não necessariamente buscado. Na responsabilidade civil com função dissuasória, porém, o objetivo de prevenção geral, de dissuasão ou de orientação sobre condutas a adotar, passa a ser o escopo principal, muito embora o meio para alcançá-lo consista na condenação do responsável à reparação/compensação de danos individuais.

No direito pátrio, também encontramos referência à função dissuasória, tanto na doutrina¹⁵, quanto na jurisprudência¹⁶, embora o nível de profundidade e de

¹³ Trata-se de uma função freqüentemente invocada pelos tribunais, do que serve de exemplo o seguinte acórdão: “Responsabilidade civil. Dano moral. Acusação injusta de furto em mercado. A injusta imputação de furto a cliente de mercado e a sua revista causam constrangimento passível de indenização. A fixação do dano deve levar em conta o caráter compensatório e *punitivo*” (TJRS, 6ª. CC., C.C. 70001615152, j. em 11.04.01, rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier).

¹⁴ Quanto à não exclusividade do direito penal para o exercício de funções sancionatórias, veja-se Paolo Cendon, “Responsabilità civile e pena privata”, in: Francesco D. Busnelli e G. Scalfi (org.), *Le pene private*, Milano: Giuffrè, 1985, p. 294, os estudos de Paolo Gallo, especialmente *Pene Private e Responsabilità Civile*, Milano: Giuffrè, 1996, e *Introduzione al Diritto Comparato*, vol. III, *Analisi Economica del Diritto*, Torino: Giappichelli, 1998, esp. p. 91s., bem como Hans Stoll, “Penal Purposes in the Law of Tort”, in: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 18 (1970), p. 3 a 21, A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, “Punitive Damages: an Economic Analysis”, in: *Harvard Law Review*, vol. 111 (1998), n. 4, p. 869 a 962, e Elena Urso, “Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di *punitive damages*: i casi *Txo Production Corporation v. Alliance Resources Corporation* e *AB v. South West Water Services Ltd.*”, in: *Rivista di Diritto Civile*, vol. 41, t. I (1995), p. 81 a 157.

¹⁵ Dentre outros, NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 761, p. 40/41, que denomina tal função de *função preventiva*.

¹⁶ “[...] A condenação, além de reparar o dano, deve também contribuir para desestimular a repetição de atos desse porte [...]” (trecho da ementa do REsp 295175/RJ, STJ, 4ª. T., DJ de 02.04.01);

“Responsabilidade civil. Dano moral. Espancamento de condômino por seguranças do Barrashopping. A

sistematização das análises ainda esteja aquém das análises encontradas no direito comparado.

II PARTE

3. A responsabilidade civil no novo Código Civil. Aspectos genéricos

Feita essa digressão sobre os aspectos histórico-evolutivos da responsabilidade civil e indicadas suas tendências contemporâneas, seus modelos e funções, passa-se, agora, a analisar a disciplina do instituto no novel estatuto civil, restringindo-se a análise às inovações introduzidas e relacionadas com os aspectos acima assinalados.

Confirmando tendência há muito já percebida em nosso ordenamento jurídico, avançou-se na direção da objetivação da responsabilidade civil, prevendo-se três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva (arts. 187, 927, parágrafo único, e 931), além da consagração de outras hipóteses pontuais, expressas ou implícitas, de responsabilidade civil objetiva, como é o caso dos artigos 928, 929, 933, 936, 937 e 938 dentre outras.

4 Do abuso do direito¹⁷

Inovação importantíssima, que poderá vir a sofrer grande desenvolvimento jurisprudencial, reside no novo art. 187, que assim dispõe: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Trata-se da figura do *abuso do direito*, um dos institutos jurídicos de reação ou de contenção à invocação de um direito subjetivo, por objeção de caráter ético, dentro do entendimento que o direito não pode se prestar a finalidades consideradas contrárias à ética. Insere-se na mesma linha, por exemplo, do princípio do *nemo auditur turpitudinem suam allegans* (a ninguém é dado alegar sua própria torpeza).

Embora a teoria do abuso do direito seja relativamente recente, seus germes já estão contidos no direito romano, como deixa entrever a expressão de Paulo: “*non*

indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza” (STJ, 3ª. T., REsp 283319/RJ, DJ de 11.06.01); No mesmo sentido: (STJ, 4ª. T., REsp 265133/RJ, DJ de 23.10.00); aludindo a uma função *inibitória* da r.c., v. TJRS, 10ª. CC., A.C. 70001051846, j. em 31.08.2000, sendo relator o Des. Luiz Ary Vessini de Lima.

¹⁷ Não há como aprofundar o estudo deste instituto – que comportaria extenso tratamento monográfico – no âmbito destas considerações panorâmicas sobre as novidades mais importantes em tema de responsabilidade civil extracontratual no novo código. Para um aprofundamento, remetemos o leitor para a leitura, dentre outros, dos seguintes trabalhos: Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Coimbra: Almedina, 1997; Rosalice Fidalgo Pinheiro, *Abuso do Direito e as Relações Contratuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002; Giulio Levi, *L'abuso del diritto*, Milano: Giuffrè, 1993; Alberto G. Spota, *Tratado de Derecho Civil, t. I, vol. 2, Relatividad y abuso de los derechos*, Buenos Aires: Depalma, 1967 (860 páginas dedicadas ao tema, em ótica comparada); Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Liv. Almedina, 1984, vol. II, pp. 661 a 901; Lino Rodrigues Arias, *El Abuso del Derecho*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1971; e Mario Rotondi (org.), *Inchieste di diritto comparato*, vol. 7, *L'abus de droit*, Padova, Cedam, 1979, obra coletiva e indicativa da matéria no direito comparado.

omne quod licet honestum est"¹⁸, bem como na máxima de Cícero: "*summum jus summa injuria*".

A ascensão da figura do *abuso do direito* está ligada à relativização do instituto do direito subjetivo. Diz-se, por exemplo, que a crise do direito subjetivo leva ao surgimento de outras situações jurídicas subjetivas, ou interesses socialmente apreciáveis, que não seriam direitos tuteláveis *erga omnes*, como ocorre com a propriedade, mas interesses juridicamente protegidos. Nessa perspectiva, o exercício de um direito subjetivo estaria condicionado à realização de finalidades de caráter supraindividual, orientadas axiologicamente pela Constituição. Conexo a esta tendência estaria o caráter objetivo de tal responsabilidade¹⁹.

Inicialmente a teoria do abuso do direito era vista sob um prisma subjetivo, segundo o qual um ato seria considerado abusivo se fosse exercido sem um real interesse e com o intuito de prejudicar terceiros (era a hipótese de *aemulatio*, o primeiro caso de abuso de direito de que se cuidou, reprimindo-se-o em praticamente todos os sistemas jurídicos), ou então quando do ato não decorresse quaisquer vantagens para o agente.

Posteriormente, porém, ampliou-se tal noção, objetivando-se sua base. Isto porque ainda quando ausente o *animus nocendi*, o exercício de um direito pode causar a terceiros danos desproporcionais em relação aos benefícios hauridos pelo titular do direito. Jossérand foi o divulgador de tal concepção. Seu pensamento pode ser resumido nos termos seguintes:

haverá abuso de direito quando o seu titular o utiliza em desacordo com a finalidade social para a qual os direitos foram concedidos. [...] os direitos foram conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição²⁰.

Na maioria dos sistemas jurídicos, a idéia de abuso do direito foi inicialmente acolhida pela jurisprudência²¹. Somente em um segundo momento, depois de consolidada a instituição, por força de sistematização doutrinária, é que o legislador buscou incorporá-la em texto normativo.

Assim, por exemplo, diante de textos legislativos que qualificavam o direito de propriedade como um direito absoluto, sagrado e inviolável, os juízes franceses ousaram romper com tal absolutismo do direito subjetivo e, através de sucessivas decisões, firmaram naquele ordenamento jurídico a figura do *abus du droit*. A primeira decisão paradigmática a respeito foi pronunciada no longínquo ano de 1855, pelo Tribunal de Colmar, na qual se determinou a demolição de uma falsa chaminé que um vizinho havia construído em seu terreno (invocando um suposto irrestrito direito de construir que integraria o direito de

¹⁸ D., 50, 17, 144.

¹⁹ Nesse sentido manifesta-se LEVI, Giulio. **Responsabilità Civile e Responsabilità Oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1986. p. 77.

²⁰ Apud Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1975, vol. IV, p. 54.

²¹ É o quanto informa Giovanna Visintini, *I Fatti Illeciti*, vol. II, Padova, Cedam, 1990, p. 286.

propriedade), com o aparente propósito de retirar a iluminação e circulação de ar sobre a janela do prédio vizinho. Naquela decisão, ainda que os juízes tivessem o cuidado de reconhecer que “o direito de propriedade é *de certa forma* absoluto”, afirmaram que o direito subjetivo deve ter um limite, consistente na satisfação de um “interesse sério e legítimo” da parte do titular do invocado direito subjetivo. Naquele caso, os juízes não identificaram tal interesse sério e legítimo na edificação da falsa chaminé – daí a ordem de sua demolição. Estas duas qualidades – *seriedade e legitimidade* do interesse – foram posteriormente aceitas e absorvidas pela doutrina e jurisprudência, a fim de serem aplicadas a casos análogos. Com isso se estabeleceu, em solo francês (mas com grande influência sobre as demais experiências jurídicas), um limite para o exercício excessivo e irregular de um direito²².

No caso brasileiro, tal teoria já fora acolhida pelo codificador de 1960, que a havia inserido no art. 160, I, segunda parte, do Código Civil, interpretado *a contrario sensu*.

O novel legislador, a respeito do chamado *abuso do direito*, tomou posição a respeito das duas tendências principais existentes a respeito do tema, a teoria subjetiva do abuso do direito e a teoria objetiva, adotando esta última. De fato, o novo Código, como se viu, não exige intenção de prejudicar, contentando-se com o excesso objetivamente constatável. De acordo com o art. 187 do novo texto, em exegese confirmada por uma interpretação sistemática (já que o novel estatuto fala também em função social do contrato e função social da propriedade – tendo o Prof. Miguel Reale várias vezes referido ter sido adotada a diretriz da socialidade como uma das chaves de leitura do projeto), percebe-se que o legislador entende que os direitos subjetivos não são conferidos ou reconhecidos aos indivíduos de uma maneira aleatória, ou em perspectiva *meramente* individual. Os direitos, mesmo os de natureza subjetiva, possuem uma destinação econômica e social. Considerando que vivemos em forma societária e que o exercício dos direitos subjetivos repercute na esfera jurídica das outras pessoas, interessa à sociedade a maneira pela qual exercemos nossos direitos. Destarte, quando, no exercício de um direito, o seu titular se desvia destes parâmetros, vindo a causar um dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

5 Da responsabilidade civil objetiva do art. 927, parágrafo único.

Uma das maiores novidades introduzidas pelo novel estatuto reside no parágrafo único do art. 927, que assim dispõe: “Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para

²² Referências a esse caso, numa discussão que abrange a necessidade e a tendência de um direito mais solidário e menos individualista, encontram-se em SESSAREGO, Carlos Fernandez, “Un nuovo modo di fare diritto”, in: VISINTINI, Giovanna (org.), *Il Diritto dei Nuovi Mondi*, Padova: Cedam, 1994, p. 229/276 – o trecho citado encontra-se na página 236.

os direitos de outrem” (g.n.)²³.

Na vigência do velho diploma civilista, repetia-se a lição segundo a qual o fundamento (único) da responsabilidade civil era a culpa e que somente em casos específicos, previstos expressamente em lei, albergava o ordenamento pátrio algumas hipóteses de responsabilidade objetiva, citando-se, então, os casos da responsabilidade civil do Estado, do acidente de trabalho, do seguro obrigatório de responsabilidade civil dos proprietários de veículos (DPVAT), dos acidentes nucleares, do transporte ferroviário, do transporte aéreo, dentre vários outros, sempre previstos expressamente na legislação. Quanto a esse aspecto, nenhuma alteração real ocorreu, resolvendo o legislador simplesmente transpor para o formante²⁴ legislativo a lição doutrinária corrente.

A novidade se encontra na segunda parte do referido parágrafo único, onde se consagra uma segunda cláusula geral em tema de responsabilidade civil, reconhecendo-se a obrigação de reparar os danos independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A periculosidade deve ser aferida objetivamente, pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios empregados, e não em virtude do comportamento negligente ou imprudente de quem agiu. Ou seja, a periculosidade deve ser uma qualidade preexistente, intrínseca e não eliminável. O homem prudente pode apenas reduzir tal periculosidade, sem jamais conseguir eliminá-la.

Discorrendo acerca de atividades perigosas, ainda sob a vigência do código de 16, Carlos A. Bittar referia que “deve ser considerada perigosa aquela atividade que contenha em si uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa, em relação ao critério da normalidade média e revelada por meio de estatísticas, elemen-

²³ A nova norma possivelmente inspirou-se no art. 2050 do cód. civil italiano de 1942 (“*chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno*”), embora a nossa fórmula legislativo possua feição mais rigorosa, já que não prevê cláusula exoneratória. A jurisprudência italiana a propósito do referido dispositivo legal é abundante. Dela se extrai que cabe ao juiz decidir, segundo juízos de experiência, se a atividade é perigosa ou não. Indicações jurisprudenciais sobre atividades tidas como perigosas são encontradas em G. Pescatore e C. Rupert, *CODICE CIVILE annotato con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e delle giurisdizioni amministrative superiori*, vol. II, pp. 3.394 a 3.397 (Milano : Giuffrè, 1993) e em Vinicio Geri, *Responsabilità civile per danni da cose ed animali*, Milano : Giuffrè, 1967, pp. 162ss.: manipulação de explosivos; uso de serra elétrica; atividades envolvendo metais incandescentes; produção e distribuição de metano; serviço de abastecimento de gás para uso doméstico; circulação de veículos automotores, atividades de caça, parque de diversões, dentre outros.

Os eméritos comparatistas alemães Zweigert e Kötz referem que “a jurisprudência austríaca foi mais corajosa do que a alemã ao reconhecer, mesmo na ausência de legislação específica, que possa haver responsabilidade sem culpa quando o dano tenha sido causado por ‘atividade perigosa’ do empresário réu, deixando-se ao juiz a decisão sobre a ‘periculosidade’ da atividade” (*Introduzione al Diritto Comparato* (trad. it.), vol. I – *Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 204).

²⁴ Usa-se aqui a expressão “formante” legislativo no sentido utilizado pela doutrina comparatista italiana, a partir da *teoria da dissociação dos formantes*, desenvolvida por Rodolfo Sacco.

tos técnicos e de experiência comum”²⁵.

Pertinentes ao tema são as observações do Prof. Pietro Trimarchi²⁶ a respeito de dispositivo similar do código italiano:

No exercício de qualquer atividade perigosa é pensável a adoção de medidas suplementares de segurança, além daquelas em relação às quais é exigível, por um critério de razoabilidade, a adoção. Pode-se exigir que os controles sejam feitos em modo sempre mais minucioso e freqüentes; os dispositivos de segurança podem ser multiplicados, e outros, mais novos e complexos, podem vir a ser adotados. Mas há um limite razoável a tudo isto: lá onde o risco residual é suficientemente escasso, levando-se em conta – numa apreciação pontual – a utilidade social de tal atividade, em cotejo com o custo excessivo de ulteriores medidas de segurança a serem adotadas, a ponto de poder paralisar a atividade. Além deste limite, certamente existem medidas ainda possíveis de serem adotadas e idôneas a reduzirem o risco, mas não se pode falar em culpa se tais medidas não são empregadas. Assim, se a responsabilidade civil ainda assim vem a ser imposta, ela não mais estará fundada na culpa.

Percebe-se, assim, que a lição do direito comparado é no sentido de que cabe substancialmente ao magistrado identificar a periculosidade da atividade, mediante análise tópica. Não se trata de simples ‘decisionismo’ judicial, em que cada juiz possa desenvolver um critério próprio. Ao contrário, além da análise tópica, não se pode jamais olvidar que o direito configura um sistema, embora aberto e móvel. Assim, o magistrado deve ser sensível às noções correntes na comunidade, sobre o que se entende por periculosidade, bem como deve estar atento a entendimentos jurisprudenciais consolidados ou tendenciais. Além disso, em bom exemplo de mobilidade inter-sistemática, pode o julgador inspirar-se (embora não esteja vinculado a ela) na legislação trabalhista e previdenciária que caracteriza determinadas atividades como sendo perigosas para efeitos de percepção do respectivo adicional.

Segundo Miguel Reale²⁷, a adoção da cláusula geral da responsabilidade objetiva pelo novo código teria sido uma decorrência do acolhimento do princípio por ele denominado da socialidade. Segundo ele, “em princípio, responde-se por culpa. Porém, se aquele que atua na vida jurídica desencadeia uma estrutura social que, por sua própria natureza, é capaz de por em risco os interesses e os direitos alheios, a sua responsabilidade passa a ser objetiva e não mais subjetiva”. Diz o projetista ter recorrido a um “conceito de estrutura social”, semelhante ao que ocorre em matéria de acidente de trabalho, isto é, “toda vez que houver uma estrutura sócio-econômica que ponha em risco, por sua natureza, os direitos e interesses de terceiros, daqueles com os quais essa estrutura entra em contato – às vezes sem nem sequer ter qualquer

²⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 89.

²⁶ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e Responsabilità oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1961. p. 277.

²⁷ REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil: Situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 10/11.

benefício direto ou indireto da sua operabilidade”.

6 Responsabilidade pelo fato do produto

Uma terceira cláusula geral de responsabilidade objetiva comparece no art. 931, o qual alude à responsabilidade civil do empresário pelo fato do produto, em fórmula mais ampla do que a prevista no Código de Defesa do Consumidor.

De fato, enquanto o art. 12 do C.D.C. faz alusão a produtos com “defeitos”, o novo art. 931 refere, de maneira simples, que os empresários respondem “pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”, não fazendo qualquer menção a produtos defeituosos. Por isso que a Comissão que tratou do tema da “Responsabilidade Civil”, na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal (S.T.J.), em Brasília, em setembro de 2002, aprovou, por unanimidade, a proposta apresentada por Adalberto Pasqualotto, incorporando as ponderações de Jorge Mosset Iturraspe, no sentido de que “o art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12, do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos”.

Por outro lado, ao contrário do C.D.C. que busca definir o que se pode entender por produto “defeituoso” (art. 12, §1º) e fixa as hipóteses defensivas que o fornecedor poderá argüir em seu favor, o diploma civilista nada dispõe a respeito. Relevante, ainda, o fato de que não houve qualquer menção à “época em que [o produto] foi colocado em circulação” – argumento central daqueles que entendem que o C.D.C. não contempla a responsabilidade do fabricante pelos chamados riscos do desenvolvimento (*development risks*). Daí porque é possível sustentar-se que o novo código civil foi além do diploma protetor dos consumidores, pois contemplou inclusive os riscos de desenvolvimento. Nesse sentido, aliás, resultou outra conclusão unânime da referida Comissão, com o seguinte enunciado: “A responsabilidade civil pelo fato do produto prevista no art. 931, do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”.

Como o art. 931 contém verdadeira cláusula geral, pois, ao contrário dos art. 12 e 13 do C.D.C., não especifica uma *fattispecie* concreta que desencadeie sua aplicação (genericamente se refere a *danos causados pelos produtos postos em circulação*, sem distinguir a responsabilidade do fabricante daquela dos comerciantes), acreditamos que a proteção fornecida pelo estatuto do consumidor passará a ser enriquecida por este dispositivo, dentro da idéia de “diálogo das fontes”, teorizada pelo professor alemão Erik Jayme e divulgada entre nós por Cláudia Lima Marques. Além disso, a vantagem do inclusão de tal matéria no âmbito de um código civil, de necessário caráter geral, reside em que tal dispositivo poderá ser invocado quando eventualmente não se estiver diante de uma relação de consumo e quando não for aplicável o contido no disposto no art. 17 do C.D.C.

7 Da responsabilidade civil dos incapazes

Além das cláusulas gerais apontadas acima, o novo Código Civil prevê uma série de hipóteses pontuais de responsabilidade civil objetiva, que convém destacar.

Relativamente à responsabilidade civil dos incapazes, houve importante inovação introduzida pelo novel código. Sob a égide do código de 16, os incapazes eram considerados irresponsáveis, sendo que pelos seus atos danosos respondiam seus pais, tutores e curadores, na forma do art. 1.521, I. Apenas em relação aos menores púberes, entre 16 e 21 anos, havia previsão de que também eles responderiam pessoalmente por seus atos ilícitos extracontratuais²⁸, consoante art. 156 – e nesse caso tratava-se de responsabilidade solidária com seus genitores ou tutores.

Pois bem, o novo art. 928, na esteira das codificações européias, adota o regime da responsabilidade da responsabilidade subsidiária e mitigada (eqüitativa) dos incapazes. Tratando-se de verdadeiro *jus novum*, convém que nos detenhamos um pouco mais sobre a inovação.

A responsabilidade dos incapazes passou por uma singular evolução na história do direito. Ao cabo de uma evolução que durou milênios, chegou-se novamente ao ponto de partida, embora sob formas mais civilizadas e mediante novos fundamentos. Efetivamente, na antigüidade os incapazes eram pessoalmente responsáveis pelas conseqüências de seus atos²⁹. Posteriormente, deixaram de sê-lo³⁰. Atualmente, há uma forte tendência universal a torná-los mais uma vez responsáveis pela reparação dos prejuízos a que derem causa, sob o prisma da eqüidade. Tratar-se-ia de uma responsabilidade patrimonial, não de responsabilidade pessoal.

A idéia da responsabilização dos incapazes com base na eqüidade apresenta duas características, realçadas por Eugenio Bonvincini³¹: a subsidiariedade, porque opera em substituição à ausência de obrigação de ressarcimento por parte do encarregado da vigilância, e a discricionariedade por parte do juiz, que deverá fixar o montante da indenização com base em um critério de eqüidade – portanto em valor que poderá ficar aquém do prejuízo sofrido pela vítima.

Constata-se, assim, que a teoria da irresponsabilidade absoluta da pessoa privada de discernimento está em franca decadência, substituída que está sendo pelo princípio da responsabilidade mitigada e subsidiária. É nessa tendência que se insere o novo código, que introduz inovação importante no campo teórico, embora provavelmente fadado a receber poucas invocações práticas, pois parece-nos que o suporte fático hipotético da nova norma raramente se concretizará.

²⁸ Além da hipótese excepcional de responsabilização de um adolescente (menor entre 12 e 18 anos), pelas conseqüências patrimoniais de um ato infracional (crime ou contravenção), na forma do art. 116, c/c arts. 112, II, 103 e 2º, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁹ Primeiro, porque poderia sofrer sanções pelo simples resultado material de seu agir; segundo, porque, fazendo parte de um agrupamento familiar, territorial ou político, ele acompanhava a coletividade na adversidade, para que fosse dada satisfação à vítima.

³⁰ Foi somente ao final do período pré-clássico do direito romano que se passou a entender os menores e os loucos como irresponsáveis, diante do surgimento da noção de *capacitas culpae*.

³¹ BONVINCINI, Eugenio. **La responsabilità civile per fatto altrui**. Milano: Giuffrè, 1976. p. 633.

Perante o novo diploma, a responsabilidade do incapaz será subsidiária, pois somente será acionada se *as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes*. Como a responsabilidade dos pais, tutores e curadores, pelos atos danosos praticados por seus filhos, pupilos e curatelados é de natureza objetiva, independente de culpa (art. 933 do novo C.C.), serão muito raras as hipóteses em que tais pessoas não terão tal responsabilidade³². Igualmente raras serão as hipóteses em que os menores disponham de recursos hábeis para suportar a indenização e que o mesmo não ocorra com seus pais. Mais comum poderá vir a ser uma tal hipótese, no caso dos pupilos e curatelados, pois muitas vezes os tutores e curadores tem patrimônio menor do que o daqueles.

De qualquer sorte, a responsabilização direta dos incapazes só ocorrerá se os recursos necessários ao pagamento da indenização não privarem o incapaz ou as pessoas que dele dependam *do necessário*, segundo a dicção da lei.

8 Da responsabilidade civil pelo ato de outrem

Outra hipótese pontual de responsabilidade objetiva no novo diploma contempla a chamada responsabilidade civil pelo ato de outrem, como se vê da leitura do art. 932, em conjugação com o art. 933 do NCC.

Dentro da teoria da responsabilidade civil, a idéia originária era no sentido de que uma pessoa só poderia ser responsabilizada pelos seus próprios atos danosos. A responsabilidade, portanto, seria direta, pessoal. No desenvolvimento da teoria, passou-se à idéia da responsabilidade indireta ou complexa. Ou seja, constatou-se que era possível alguém vir a ser civilmente responsabilizado pelos atos praticados por outra pessoa, a quem fosse ligada de alguma forma. Essa evolução ocorreu para que se pudesse garantir às vítimas dos danos a possibilidade efetiva da reparação dos prejuízos sofridos.

O novo Código Civil não inovou substancialmente no tratamento da matéria relativa à responsabilidade civil indireta. A inovação formal consiste em reconhecer que se trata de responsabilidade objetiva, independente de culpa. Todavia, já era esse o fundamento reconhecido pela doutrina mais atilada³³ e pela jurisprudência mais conseqüente.

No antigo Código Civil, a matéria era tratada no art. 1.521, que previa a responsabilidade dos pais, tutores e curadores, empregadores e comitentes, por atos

³² Algumas hipóteses poderão ocorrer, porém. Pense-se na hipótese em que o menor estiver empregado, caso em que a responsabilidade pelos atos danosos praticados por ocasião do trabalho desloca-se dos pais para o patrão. Na hipótese do empregador ser insolvente, a vítima poderia ter interesse de ressarcir-se junto ao próprio menor, acaso tivesse patrimônio, já que nessa situação os seus genitores não teriam responsabilidade indenizatória.

³³ Realmente, “uma pessoa é responsável pelo ato danoso praticado por outrem somente quando nenhuma culpa lhe puder ser atribuída. Efetivamente, se uma culpa lhe pudesse ser atribuída, esta pessoa seria certamente obrigada a reparar os danos, mas isso então ocorreria em razão de sua própria conduta. Não existe responsabilidade pelo ato de outrem cada vez que uma pessoa repara um dano causado por outrem, mas unicamente quando uma pessoa repara as conseqüências danosas de uma culpa exclusivamente alheia” - Janine Ambialet, *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, Paris, L.G.D.J., 1964, p. 13.

de seus filhos, pupilos, curatelados, empregados e prepostos, além dos donos de hotéis³⁴ e internatos, por atos de seus hóspedes e alunos internos. Quanto ao inc. V daquele dispositivo legal, trata-se de “*actio in rem verso*”, cuja previsão, aliás, sequer seria necessária, pois é inerente ao sistema. Exatamente as mesmas regras foram reproduzidas no novo estatuto, como se percebe da leitura do novo art. 932.

Examinemos as hipóteses previstas no art. 932, incisos I e III, que são as mais importantes.

9 Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores

Estabelecia o art. 1.521, inc. I, do Código Civil novecentista, a responsabilidade dos pais pelas consequências danosas dos atos praticados por seus filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. O novo diploma legal manteve substancialmente tal regra, apenas substituindo o vocábulo *poder* pelo vocábulo *autoridade*.

Sob a égide do velho código, a quase unanimidade dos doutrinadores costumava vincular a responsabilidade dos pais à existência do poder familiar, ou mais precisamente, aos deveres de guarda e de educação que lhe são inerentes. Segundo este posicionamento, se o menor comete um ato ilícito, isto significa que seus pais não o teriam vigiado com o cuidado necessário (culpa *in vigilando*) ou porque falharam na educação do filho (culpa *in educando*). Ou seja, os próprios pais teriam cometido uma culpa.

Para nós, que inclusive sob a égide do código de 1916 vislumbrávamos na responsabilidade por fato alheio uma obrigação de cunho objetivo, não podíamos encontrar na culpa o fundamento único de tal responsabilidade, mesmo sendo ela presumida. Somente poderia ela resultar da existência do poder familiar, vinculado a uma idéia de garantia e não a uma idéia de culpa. É a solução que o legislador vem de adotar, expressamente indicando o caráter objetivo da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos.

Quanto aos demais pressupostos para a responsabilização dos genitores, não houve alteração digna de nota. O legislador, aliás, poderia ter aproveitado a nova codificação para espantar algumas divergências que persistem a respeito do tema, como a questão da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos emancipados³⁵,

³⁴ É escassa a casuística relativa à responsabilidade dos hotéis com fulcro no art. 1.521, IV. Eis um caso interessante: “Responsabilidade civil. Hóspede de hotel que lesiona o gerente. Culpa presumida do dono do estabelecimento. Art. 1.521, IV, do CC. [...] 2. A lei presume a culpabilidade do hoteleiro por ato do seu hóspede. Cabe ao estabelecimento tomar todas as medidas de segurança e precaução, por cuja falta ou falha é responsável [...]” (STJ, 4ª. T., REsp 69437/SP, DJ de 14.12.98).

³⁵ Havia quem entendesse que como a lei se refere a filhos menores, sem restrições ou condicionamentos, tal expressão abrangeria inclusive os filhos emancipados por qualquer das formas em lei, ao passo que outros, ao contrário, entendiam que como a emancipação significa uma antecipação da maioridade, em nenhuma hipótese os genitores responderiam pelos atos danosos praticados por seus filhos emancipados, fosse qual fosse a modalidade de emancipação. Nesse último sentido o magistério de Orlando Gomes (*Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1976 p. 357), Alvinio Lima (*A Responsabilidade civil pelo fato de outrem*, Rio de Janeiro, Forense, 1973, p. 35), Antonio Chaves (*Tratado de Direito Civil*, São Paulo, R.T., 1985, vol. 3, p. 97), Vicente de Paulo Vicente de Azevedo (*Crime - Dano - Reparação*, São Paulo, R.T., 1934, págs. 330/331), Serpa Lopes (*Curso de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Liv. Freitas Bastos, 1962, vol. V. págs. 274/275).

eventual responsabilidade do responsável de fato por incapaz não interdito³⁶, responsabilidade dos genitores, em caso de separação de fato, separação judicial e divórcio, a adoção ou repulsa expressa da teoria do posto social, segundo a qual pessoas que estejam exercendo funções assemelhadas a dos pais (v.g., padrasto ou madrasta, detentor de guarda, etc.) responderiam civilmente nos mesmos moldes dos genitores³⁷.

10 Responsabilidade civil dos empregadores e comitentes

No Código Civil de 1916, a matéria estava regulada nos artigos 1521, III, 1522 e 1523. Pela leitura dos referidos dispositivos, constata-se que o legislador havia adotado o regime da culpa provada, ou seja, o patrão ou comitente só responderia pelas consequências danosas decorrentes de atos de seus empregados ou prepostos se ficasse provada uma conduta culposa de sua parte.

Posteriormente, através do trabalho da jurisprudência, interpretou-se o art. 1.523 como se contivesse uma presunção relativa de culpa (Súmula 341/STF). Apesar da possibilidade teórica da reversão de tal presunção relativa, mediante prova em contrário, o exame das soluções jurisprudenciais efetivamente aplicadas, revelava o extremo rigor na admissão de tal prova exculpatória, mostrando que, na verdade, praticava-se uma verdadeira presunção absoluta de culpa, já que não se admitia, na prática operacional, que o empregador afastasse a sua responsabilidade demonstrando apenas que ele, empregador, não tinha agido com culpa. Ora, presumir-se alguém culpado e não se admitir que ele desfaça tal presunção significa a adoção, na verdade, de um critério de responsabilização objetiva, independentemente de culpa. E nesse sentido efetivamente vem se orientando a jurisprudência há longas décadas, embora nem sempre verbalizando tal posicionamento.

Para que exista relação de preposição não se exige a presença de um vínculo laboral típico³⁸. Da mesma forma, pouco importa que o serviço consista numa

A maior parte da doutrina, porém, costuma distinguir a causa da emancipação para determinar a subsistência ou não da responsabilidade paterna. Assim, distingue-se a emancipação voluntária (por outorga paterna) da emancipação por casamento, entendendo-se que naquela a responsabilidade dos pais persiste, só ficando afastada nesta última hipótese.

³⁶ A respeito do tema, veja-se Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1972, vol. 53, p. 123; M. I. Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938, t. II, p. 458; Mazeaud-Tunc, *Tratado Teórico y Prático de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1962, t. I, vol. II, p. 475.

³⁷ Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, vol. 2, págs 175, 177 e 179/180), Pontes de Miranda (*Manual do Código Civil Brasileiro de Paulo de Lacerda*, Rio de Janeiro, Jacinto R. Santos Ed., 1927, vol. XVI, 3ª parte, I tomo, p. 289) e Serpa Lopes (*op. cit.*, vol. V, p. 275), por exemplo, entendem que a responsabilidade civil prevista no antigo art. 1.521, I, do CC (reproduzido no atual art. 932, I) incide não apenas sobre os pais mas também sobre quem lhes faz as vezes. Tais posicionamentos, em verdade, revelam a adoção da *teoria do posto social*, a que se refere Cunha Gonçalves (*Tratado de Direito Civil*, São Paulo, Max Limonad, 1957, vol. XII, t. II, págs. 647/648).

³⁸ Nesse sentido: "Quanto à relação de preposição, não importa, para a sua caracterização, que o preposto seja ou não salariado, e nem se exige que as relações entre preponente e preposto sejam permanentes, podendo elas ser meramente eventuais. Assim, o serviço pode consistir numa atividade duradoura ou num ato isolado, tanto

atividade duradoura ou num ato isolado, possua caráter gratuito ou oneroso, revista a forma de tarefa manual ou intelectual³⁹.

Por outro lado, para que surja a responsabilidade do preponente pelos atos danosos do preposto, é necessário que também este seja responsável pessoalmente. Isto não significa que deva ter ele incorrido em culpa. Se porventura o preposto tiver agido em estado de necessidade, causando um dano, seu ato será lícito e ele não terá agido com culpa, a teor do disposto no art. 188, II, do novo Código Civil. Não obstante, será constrangido a indenizar os danos causados, nos termos do art. 929 do novo C. C. Nesta hipótese, tal obrigação estender-se-á ao preponente.

Diante da ausência de alteração significativa do texto pertinente (art. 1.521, III, do código de 16 e art. 932, III, do novo diploma), deverá ser mantido o entendimento⁴⁰ segundo o qual subsiste a responsabilidade dos patrões e comitentes pelos danos ocasionados por seus empregados no exercício das funções que lhes incumbem, ainda que os últimos tenham agido excedendo os limites de suas atribuições ou tenham inclusive transgredido as ordens recebidas, não sendo necessário que o comportamento ilícito dos prepostos se contenha na esfera das funções que lhes tenha sido atribuídas. Basta que entre tais funções e o subsequente fato danoso subsista uma *relação de ocasionalidade necessária*, no sentido de que, ainda que faltando uma relação rigorosa de causa e efeito entre tais funções e o fato danoso, exista entre tais termos um nexo lógico, de tal forma que a função desempenhada pelo preposto tenha sido a ocasião necessária do fato ilícito e que aquela (função) tenha tornado possível ou favorecido notavelmente a realização deste (fato ilícito)⁴¹.

11 Da responsabilidade pelos atos lícitos

Outra hipótese de responsabilidade objetiva ocorre quando alguém é obrigado a reparar danos causados por atos lícitos. Quanto a esse aspecto, não houve significativa inovação legislativa. De fato, o sistema anterior foi substancialmente mantido, como se constata do exame conjunto dos arts. 188, 929 e 930 do novo Código, comparado com o disposto nos arts. 160, 1.519, 1.520 e 1.540 do Código anterior.

material, quanto intelectual. Para haver relação de preposição, é suficiente a existência de um vínculo de dependência, que alguém preste um serviço por conta e sob a direção de outrem, deste recebendo ordens e instruções, sendo indiferente que a relação de serviços, podendo resultar até de um ato de cortesia, como, por exemplo, quando um proprietário de um carro o empresta a um amigo" (trecho do voto vencedor do Min. Natal Nader, em acórdão do STF, inserto na RF 299/41); no mesmo sentido: STJ, 4ª. T, AGA 54523/DF, DJ de 22.05.95; STJ, 4ª. T., REsp 304673/SP, DJ de 22.03.02; STJ, 4ª. T., REsp 119121/SP, DJ de 21.09.98; STJ, 4ª. T., REsp 304673/SP, DJ de 22.03.02; STJ, 4ª. T., REsp 119121/SP, DJ de 21.09.98.

³⁹ "Responsabilidade civil. Acomoda-se ao disposto no art. 1.521, III, CC e à relação de preposição nele descrita, a hipótese em que, embora o automóvel causador do dano pertencesse ao seu condutor, estava locado à empresa à qual ele prestava serviços, destinado a propiciar maior presteza na execução das atividades profissionais e ensinar lucros indiretos à empregadora-locatária" (STJ, 4ª. T., REsp 36386/SP, DJ de 04.10.93)

⁴⁰ Nesse sentido: Alvino Lima (*op. cit.*, p. 236), Wilson Melo da Silva (*Da responsabilidade civil automobilística*, p. 203) e, de certa forma, Pontes de Miranda (*Manual, cit.*, vol. XVI, 3ª parte, 1º tomo, p. 373 e 374).

⁴¹ A amplitude de tal entendimento é evidenciada pelo seguinte acórdão: "Responsabilidade civil do empregador. O dolo do preposto, na prática do ato ilícito, não exclui, por si só, a responsabilidade do empregador. Hipótese em que o empregado, no exercício da profissão de motorista, praticou o homicídio após uma discussão de trânsito com a vítima, motorista de um ônibus coletivo" (STJ, 3ª. T, AGA 109953/RJ, DJ de 15.11.96).

Ou seja, quem pratica as condutas previstas no art. 188 (ato praticado em legítima defesa, exercício regular de um direito e estado de necessidade⁴²) não comete ato ilícito, como expressamente refere o legislador. Conseqüentemente, pratica ato lícito. Apesar da licitude da conduta, se a vítima tiver sofrido um dano injusto, por não ter dado causa ao seu infortúnio, o agente causador do dano deverá reparar os danos, uma vez preenchidos os supostos fáticos dos artigos 929 e 930 do novel estatuto.

12 Responsabilidade civil pelo fato dos animais

O art. 936 do novo C.C. disciplina a chamada responsabilidade civil pelo fato dos animais. Houve alteração da forma legislativa, mas não houve inovação substancial. Efetivamente, utilizou-se fórmula mais sintética para expressar o velho conteúdo do art. 1.527 do C.C. anterior. Segundo a nova redação, “o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”. Embora se possa entender que se trate de presunção de culpa, ou de simples inversão do ônus da prova, entendemos que o novo dispositivo prevê uma autêntica responsabilidade objetiva, pois não exige o legislador que se prove a culpa do dono ou detentor do animal. O fato de poder tal pessoa excluir a sua responsabilidade não significa tratar-se de responsabilidade subjetiva, pois ser objetivamente responsável não implica o dever de indenizar sempre - significa apenas não ser necessária a demonstração de sua culpa. A responsabilidade objetiva admite causas de exclusão de responsabilidade. Dentre estas encontram-se justamente a demonstração da interveniência de caso fortuito ou de força maior⁴³, a presença de culpa da vítima e o fato de terceiro. O Prof. Silvio Venosa⁴⁴ realçou o rigor do novo dispositivo, ao não exigir que a posse do animal seja qualificada, bastando a simples detenção.

Nessa posição, coloca-se aquele que loca o animal para cavalgar ou para serviço rural. Seciona-se o nexo causal, se o animal foi furtado, o mesmo que ocorre a respeito do automóvel. Também não há responsabilidade se os animais são selvagens ou sem dono. O dispositivo refere-se a animais domésticos ou mantidos em cativeiro.

⁴² “Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Colisão com veículo regularmente estacionado. Fato de terceiro. ‘Fechada’. Estado de necessidade. Licitude da conduta do causador do dano. Ausência de culpa demonstrada. Circunstância que não afasta a obrigação reparatória (arts. 160, II, e 1.520, CC). O motorista que, ao desviar de ‘fechada’ provocada por terceiro, vem a colidir com automóvel que se encontra regularmente estacionado. Responde perante o proprietário deste pelos danos causados, não sendo elisiva da obrigação indenizatória a circunstância de ter agido em estado de necessidade. Em casos tais, ao agente causador do dano assiste tão-somente direito de regresso contra o terceiro que deu causa à situação de perigo” (STJ, 4ª. T, REsp, 12840/RJ, DJ de 28.03.94). No mesmo sentido: STJ, 4ª. T., REsp 127747/CE, DJ de 25.10.99.

⁴³ Sobre a distinção entre *caso fortuito* e *força maior* não há consenso doutrinário e jurisprudencial. Os elementos que alguns entendem caracterizar o *caso fortuito* outros afirmam integrar o conceito de *força maior*. De qualquer sorte, a despeito das divergências doutrinárias, o fato é que a lei não os distingue conceitualmente e atribui tanto a um quanto ao outro os mesmos efeitos – a liberação da responsabilidade, diante da ausência (ou ruptura) do nexo de causalidade. Na jurisprudência, é de se referir acórdão do STJ, da lavra do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no qual se toma posição acerca das divergências doutrinárias: “Segundo qualificada doutrina, que encontrou eco nesta Corte, caso fortuito é ‘o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes’, enquanto a força maior é o ‘fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer’, com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade” (STJ, 4ª T., REsp 258707-SP, v.u., j. 22.8.2000, DJU 25.9.2000, p. 111, RT 785/208).

⁴⁴ “A responsabilidade por danos de animais”, artigo publicado no jornal *Valor Econômico* (20.03.02).

13 Da responsabilidade civil pelo fato das coisas

Costuma-se estudar sob a denominação “*responsabilidade civil pelo fato das coisas*” as duas espécies de responsabilidade civil previstas nos arts. 937 e 938 do novo Código Civil, que correspondem exatamente às duas hipóteses reguladas nos arts. 1.528 e 1.529 do código de 16. Trata-se, aqui, de tradicionais figuras já disciplinadas pelo direito romano, sob a denominação de *actio de positis et suspensis* e *actio de effusis et dejectis*. Também aqui não houve qualquer inovação. A mesma interpretação que vigorava sob a égide do código antigo, no sentido de vislumbrar em ambas as hipóteses casos de responsabilidade objetiva, deverá ser mantida⁴⁵. Da mesma forma deverá prosseguir-se na interpretação ampla do vocábulo “ruína”, constante do art. 937, no sentido de abranger não só a ruína total, mas também a ruína parcial e a simples queda de partes da edificação, como, por exemplo, queda de marquises, de sacadas, de rebocos, muros, etc.

Analisaremos, agora, algumas questões relativas à indenização por danos pessoais, à responsabilidade dos profissionais da saúde e à prescrição.

14 Da indenização em caso de danos à pessoa

Embora não diga respeito à questão do modelo de responsabilidade civil, se subjetiva ou objetiva, alguma novidade comparece na nova disciplina legal dos danos à integridade física. O novo art. 949 corresponde substancialmente ao antigo art. 1.538, com exceção da parte final do dispositivo, além da substituição da expressão *ferimento* pelo vocábulo *lesão*. No sistema anterior, a indenização deveria abranger as despesas de tratamento e os lucros cessantes até o fim da convalescença, *além da importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente*. A inovação está, portanto, na supressão dessa referência à multa criminal, substituída que foi pela expressão “*além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*”⁴⁶.

Na identificação dos outros prejuízos que a vítima venha a alegar ter sofrido, será de grande auxílio o recurso ao direito comparado. Isto porque em se tratando de tema de escassa densidade legislativa em todos os sistemas contemporâneos, e tratando-se de situação existencial substancialmente homogênea nos diversos sistemas jurídicos, não há qualquer razão para rechaçar as experiências estrangeiras.

Tanto na experiência francesa como na americana, por exemplo, a jurisprudência

⁴⁵ Exemplo do caráter objetivo dessa responsabilidade é o seguinte acórdão, fundado no art. 1.529 do velho código: “Responsabilidade civil. Objetos lançados da janela de edifícios. A reparação dos danos é responsabilidade do condomínio. A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados a terceiros. Inteligência do art. 1.529 do Código Civil Brasileiro” (STJ, 4ª. T., REsp 64682/RJ, DJ de 29.03.99).

⁴⁶ “Responsabilidade civil. Dano estético. Perda de um dos membros inferiores. Acumulação com o dano moral. Devido a título diverso do que justificou a concessão do dano moral, é o dano estético acumulável com aquele, ainda que oriundos do mesmo fato. Precedentes” (STJ, 4ª. T., AGA 100877/RJ, DJ de 15.10.96); no mesmo sentido: STJ, 2ª. T., REsp 68668/SP, DJ de 04.03.96.

dência vem reconhecendo crescentemente novos tipos de danos justificativos de indenizações especiais, isto é, independentes daquela que tem por finalidade reparar a incapacidade física como tal, de que são exemplo o “prejuízo sexual”, o “prejuízo juvenil” (entendido como a dor particular que provoca, em um jovem, a consciência de sua própria degradação física e da perda da esperança de uma vida normal), “prejuízo à capacidade matrimonial”, dentre outros⁴⁷.

O Prof. Clóvis do Couto e Silva, a respeito dos danos biológicos, entendia aplicável ao direito pátrio a distinção germânica entre danos pessoais *primários* (consistentes na morte ou nos ferimentos em si considerados) e *secundários* (que seriam aqueles relativos às consequências resultantes das lesões)⁴⁸. Já a doutrina italiana prefere rotular diversamente tal distinção relativa aos danos biológicos: fala-se em *aspecto estático* (entendido como a mera diminuição da integridade psicofísica) e em *aspecto dinâmico* (consistente nas consequências causadas pelos danos biológicos sobre as atividades laborais ou extralaborais da vítima), devendo ambos os aspectos serem indenizados⁴⁹.

Ainda é o caso de lembrar a indenizabilidade do *préjudice d'agrément* na jurisprudência francesa, assemelhado ao *loss of amenities of life* da jurisprudência anglo-americana. Em ambos os casos, trata-se de indenizar a privação que uma pessoa sofreu, em virtude das lesões causadas por outrem, da possibilidade de gozar dos prazeres da vida, próprios de sua idade, cultura e meio social em que vive (atividade sexual, esporte, lazer, dança, variedade gastronômica, etc)⁵⁰. O conceito inicialmente era aplicado restritivamente, abrangendo apenas as hipóteses em que o ferido, antes das lesões, havia se destacado em atividades desportivas ou artísticas. A partir de uma lei francesa de 1973, a noção adquiriu maior amplitude, passando a se definir como “a diminuição dos gozos da vida causada pela impossibilidade de dedicar-se a algumas atividades prazerosas normais”⁵¹.

Segundo Clóvis do Couto e Silva⁵², não seria fácil “separar, em alguns casos, essa indenização do *pretium doloris* e até mesmo do dano estético, podendo até mesmo o *préjudice d'agrément* abranger a perda do gosto, do olfato, quando considerado no seu sentido mais amplo”. Segundo o saudoso Professor,

não se tem considerado [no direito brasileiro] como indenizável ‘a perda das atividades de lazer’, razão pela qual a resposta seria claramente nega-

⁴⁷ Sobre tais aspectos, consulte-se Ricardo de Angel Yágüez, *Algunas previsiones sobre el futuro de la Responsabilidad civil*, Madrid, Ed. Civitas, 1995, p. 141ss. Aliás, este autor refere a Resolução n. 75-7 do Conselho da Europa, cujo art. 11 recomenda a indenização, a título de danos morais decorrentes de lesões corporais, de “perturbações e desgostos tais como mal-estar, insônia, sentimento de inferioridade, diminuição dos prazeres da vida, produzida sobretudo pela impossibilidade de dedicar-se a certas atividades de lazer” (op. cit., p. 144).

⁴⁸ Op. loc. cit.

⁴⁹ Sobre o tema, cf. Pier Giuseppe Monateri, *Trattato di Diritto Civile, Le Fonti delle Obbligazioni*, vol. 3, La Responsabilità Civile, Torino, Utet, 1998, p. 529.

⁵⁰ Sobre tal rubrica, no direito francês e inglês, consultem-se GENEVIÈVE VINEY & BASIL MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, Paris, Economica, 1985, esp. pp. 70/71.

⁵¹ Cf. Francesco Donato Busnelli, “Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona”, in: Mosset Iturraspe, Díez-Picazo e outros (org.), *Daños*, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 38.

⁵² “O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado”, Revista dos Tribunais, vol. 667 (1991), p. 15.

tiva a quem pretendesse essa indenização, muito embora a reparação ampla do dano extrapatrimonial devesse permitir esse tipo de indenização”, acrescentando ainda o mestre, que uma interpretação ampla do art. 5º, inc. X, da Constituição Federal poderia embasar a concessão de uma tal indenização⁵³.

Agora, com cláusula geral remissiva do art. 949 do novo código (*além de algum outro prejuízo*), acreditamos que o novel ordenamento permite o acolhimento de tal pretensão, até mesmo diante de uma necessária visão constitucionalizada do direito civil, já que os direitos da personalidade foram grandemente valorizados na Carta de 88, vindo a receber agora também a proteção do código do cidadão.

Na experiência italiana, os danos decorrentes de lesão corporal são tradicionalmente denominados de *danos à pessoa* ou *danos biológicos*⁵⁴, sendo igualmente perceptível a tendência de cada vez mais discriminarem-se outros tipos de danos, com quantificação autônoma, como é o caso, por exemplo, dos *danos psicológicos*⁵⁵, caracterizados como representativos de um comprometimento durável e objetivo que diga respeito à personalidade individual na sua eficiência, na sua adaptabilidade, no seu equilíbrio. Trata-se, portanto, de um dano consistente, não efêmero nem meramente subjetivo, e que reduz, de alguma forma, as capacidades, as potencialidades, enfim, a qualidade de vida da pessoa.

Também da experiência italiana podemos retirar alguma inspiração para ajudar na resolução do espinhoso problema da avaliação dos danos à saúde. Não há como fugir de considerações pontuais, tendo em vista a unicidade dos fatos que se apresentam à apreciação do juiz. Porém, para um sistema jurídico que se pretende orgânico, racional, sistemático e minimamente previsível, constitui exigência lógica de operacionalidade a existência de um mínimo de uniformidade (ou ao menos de harmonização) de critérios⁵⁶.

Por outro lado, não houve qualquer modificação no sistema legislativo quanto aos critérios para a fixação do valor da indenização das lesões pessoais incapacitantes, pois o art. 1.539 do velho código foi reproduzido *ipsis litteris* no caput do art. 950 do novo diploma.

A novidade se encontra no parágrafo único do novo art. 950, que dispõe sobre a forma de pagamento. De fato, o novo dispositivo refere que “o prejudicado, se

⁵³ *Op. loc. cit.*

⁵⁴ A Professora Judith Martins-Costa (“Os danos à pessoa e a natureza da sua reparação”, in *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, R. T., 2002, pp. 408/446) refere ter sido a doutrina italiana a primeira a utilizar a expressão “danos à pessoa” (à qual posteriormente agregou-se a denominação “danos biológicos”) para referir-se a “quase todos os danos extrapatrimoniais que estivessem conexos a qualquer lesão ao bem jurídico ‘saúde’, entendido em seu mais amplo sentido, seja saúde física, seja o bem-estar psíquico ou mental” (*op. cit.*, p. 418).

⁵⁵ Sobre o tema, para uma análise transdisciplinar, consulte-se a obra coordenada por Daniela Pajardi, denominada *Danno biologico e danno psicologico*. Milano: Giuffrè, 1990.

⁵⁶ Na Itália, há quem defenda (Prof. Busnelli) que se faça recurso à equidade, mas substanciando-a com referências concretas a precedentes jurisprudenciais, de onde se pode retirar informações sobre a média de somas liquidadas em casos análogos. Alguns tribunais italianos seguiram essa orientação, entendendo que, em qualquer situação, cabe ao juiz fixar, por arbitramento, o valor dos danos, levando em consideração todas as circunstâncias presentes no caso (danos primários e secundários, ou estáticos e dinâmicos). Nesse sentido se orienta, aliás, a prática jurisprudencial brasileira.

preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.” A prática jurisprudencial vigente é no sentido que os danos emergentes e os danos extrapatrimoniais são arbitrados em valor único e pagos de uma só vez. Já em relação aos danos materiais sob a modalidade de lucros cessantes – e esse é o caso de pensão alimentícia devido quer em caso de morte, quer em caso de lesões incapacitantes – costuma-se fixar o valor da pensão em forma de múltiplos de salários-mínimos, a serem pagos mensalmente. Pois bem, o novo dispositivo legal aparentemente atribui ao lesado, *somente na hipótese prevista no caput do art. 950*, a escolha entre receber uma pensão mensal – provavelmente vitalícia – ou receber a indenização em um único pagamento⁵⁷.

Para encerrar esse capítulo, saliente-se que o novo código não estabeleceu disciplina específica para o caso de dano estético, que, sob o velho estatuto, encontravam-se previstos nos dois parágrafos do art. 1.538. Nem por isso, obviamente, deixou o mesmo de ser reparável – até mesmo concomitantemente com danos mo-

Diante do evidente risco de dispersão de critérios, outros tribunais italianos buscaram uma maior objetivação em tal setor. Um primeiro critério em tal direção consiste no chamado *método genovês*, que consistia substancialmente na multiplicação do triplo do valor da pensão previdenciária anual, devida ao inválido, por um coeficiente fixado em função da idade da vítima e do seu grau de invalidez. Justamente pela mecanicidade de tal critério, que deixava de considerar variáveis importantes dos casos concretos, a Corte de Cassação (órgão de cúpula do Poder Judiciário italiano), em 1993 (acórdãos de n. 357 e 2009), vetou a utilização do mesmo.

Um segundo critério objetivo foi então construído por outro setor da magistratura italiana. Trata-se do denominado *método pisano* (em alusão à cidade de Pisa, onde foi desenvolvido). Referido método leva em consideração o *aspecto estático* das lesões, entendido como a mera diminuição da integridade psicofísica, bem como o *aspecto dinâmico*, consistente nas consequências das lesões sobre as atividades, laborais ou não, da vítima. O método pisano, bem mais complexo do que o anterior, aceita os percentuais de invalidez predispostos em tabelas previdenciárias e securitárias, e os aplica sobre os valores fixados em precedentes jurisprudenciais pertinentes. A partir daí, fazem-se ajustes ao caso concreto, mediante juízo de equidade.

Em verdadeiro movimento pendular, voltou-se, em tempos mais recentes, a uma maior objetivação na fixação dos valores. Alguns tribunais italianos (com destaque para o tribunal milanes), em curioso fenômeno de *autoregamentação* visando uniformizar o setor, elaboraram autênticas *tabelas* para a liquidação dos danos biológicos. Na tabela adotada pela *Conferência dos Presidentes de Câmaras* do Tribunal de Milão, em 1995 (atualizada em 1996), o valor monetário básico do percentual de invalidez permanente, estabelecido com base na média extraída dos precedentes jurisprudenciais, sofre variação de acordo com o grau de invalidez (de 1% a 100%) e de acordo com a idade da vítima. Assim, o valor básico é multiplicado pelo grau de invalidez do caso concreto e pelo coeficiente multiplicador relativo à idade.

Tendo em vista a proliferação de tais tabelas, por outras jurisdições, em 1996 um Grupo de Pesquisas patrocinado pelo Consiglio Nazionale di Ricerca (assemelhado, grosso modo, ao nosso CNPq), elaborou uma *Tabella Indicativa Nazionale*, que representa a média dos índices e valores encontrados nas diversas tabelas regionais. Experiência semelhante (elaboração de uma tabela indicativa, para uso nacional), foi levada a efeito em solo britânico, com a elaboração, já em 1991, de *Guidelines for the Assessment of Damages in Personal Injury Cases*, por parte do *Judicial Studies Board*. Sua estrutura é diversa, porém, os objetivos são semelhantes.

Uma ampla análise de tais experiências, de onde recolhemos as informações supra, encontra-se em Pier Giuseppe Monateri, *Trattato di Diritto Civile, Le Fonti delle Obbligazioni*, vol. 3, *La Responsabilità Civile*, Torino, Utet, 1998, p. 527ss, obra na qual inclusive são reproduzidas as tabelas acima referidas.

⁵⁷ Pensamos que tal regra não deva ser interpretada literalmente, no sentido de conferir ao lesado verdadeiro direito subjetivo. Parece mais razoável entender-se que a nova regra permite ao juiz que, a pedido da vítima e sopesadas todas as circunstâncias do caso, arbitre a indenização em montante único. Dentre as circunstâncias a serem avaliadas pelo magistrado, sobrelevam o valor da indenização a ser pago e as condições socioeconômicas do responsável e da vítima.

Na hipótese do pagamento único, porém, obviamente que o valor da indenização não deverá corresponder simplesmente à soma de todas as prestações futuras, devendo haver uma substancial redução do valor da compensação econômica, pois o valor recebido antecipadamente poderá ser aplicado e gerar renda – o que deverá ser considerado pelo juiz.

rais puros, já que ambos são espécies de danos extrapatrimoniais. Agora, o seu fundamento legal passou a ser genérico e não específico, enquadrando-se na cláusula geral dos arts. 186 e 927 (aplicáveis a qualquer tipo de dano), ou na previsão um pouco mais específica do art. 949, parte final (“*além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*”), do novo código civil.

15 Responsabilidade civil na área da saúde

Inovações meramente formais novamente comparecem em tema de responsabilidade civil na área da saúde, comumente designada de responsabilidade civil médica ou do médico, cujos princípios sempre foram tidos como extensíveis aos demais operadores na área da saúde. O código de Miguel Reale adota, em seu art. 951, cláusula mais genérica e tecnicamente mais aperfeiçoada, comparada com a anterior. Não mais se enumeram os profissionais aos quais se aplicaria o preceito. Adota-se a expressão mais abrangente “*aquele que, no exercício de atividade profissional*”. Destarte, a cláusula geral prevista neste dispositivo legal abrange não só os profissionais que eram expressamente nominados no velho código (médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas), mas todos aqueles que atuam profissionalmente na área da saúde, como os enfermeiros, fisioterapeutas, massagistas, laboratoristas (bioquímicos), psicólogos, psicoterapeutas, ópticos, dietistas, auxiliares de radiologia, fonoaudiólogos, técnicos em calçados ortopédicos, etc.⁵⁸.

Ressalte-se que também guarda pertinência com o tema o disposto no art. 15, que estabelece que *ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*. Aliás, mesmo na ausência de risco de vida ninguém poderia ser compelido a submeter-se a qualquer tratamento, diante do princípio geral da liberdade (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – art. 5º, inc. II, da CF/88). Tampouco se fez referência ao requisito do consentimento informado, que norteia o moderno sistema jurídico que regula a relação médico-paciente. Trata-se do dever do médico de esclarecer e informar o paciente, em modo claro e inteligível, do quadro clínico diagnosticado, apresentando-lhe as alternativas de tratamento (quer clínico, quer cirúrgico), expondo-lhe os riscos e possíveis conseqüências de cada uma das alternativas, com os correlativos benefícios e vantagens. Assim informado, o paciente poderá fazer uma escolha consciente. A ausência de previsão legal não significa, porém, que tal requisito não mais seja necessário, pois a lei sabidamente não representa todo o direito, sendo apenas uma parte (embora a mais importante, na nossa tradição jurídica) do mesmo. O direito é constituído tam-

⁵⁸ Sobre os profissionais que são considerados, por lei, auxiliares da medicina, na Argentina, consulte-se Felix A. Trigo Represas, *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1987, p. 119ss. Sobre a responsabilidade médica na Inglaterra, consulte-se a monumental obra de B. S. Markesinis & S. F. Deakin, *Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 3ª ed., esp. pp. 228 a 267.

Sobre a responsabilidade dos médicos, em todos os seus aspectos, imprescindível a consulta, na literatura pátria, de Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade Civil do Médico*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, já em sua 5ª edição, bem como da obra *Direito & Medicina – Aspectos jurídicos da Medicina*, coordenada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

bém por outros formantes (com destaque para a jurisprudência e a doutrina), sendo que a exigência de tal requisito (do consentimento informado) está solidamente radicada nos mesmos. Além disso, tal exigência consta também dos códigos deontológicos da profissão médica em todos os países civilizados.

Quanto ao mais, manteve-se o regime da responsabilidade subjetiva, vinda do código anterior e reafirmada no Código de Defesa do Consumidor (art. 14, §4º), desde que se trate de atividade desempenhada na condição de profissional liberal. Em se tratando, porém, de prestação que se enquadre como relação de consumo, aplica-se o Estatuto do Consumidor, inclusive quanto ao regime da responsabilidade objetiva (salvo quanto aos profissionais liberais) e à inversão do ônus da prova⁵⁹, na forma prevista nos arts. 14 e 6º, VIII, do C.D.C. É o caso da responsabilidade dos hospitais⁶⁰, clínicas médicas, laboratórios, etc.

Substancialmente, portanto, permanece válida a orientação jurisprudencial formada sob a égide do código Beviláqua a respeito da responsabilidade civil dos médicos.

16 Da prescrição

A prescrição da pretensão condenatória derivada de responsabilidade civil

⁵⁹ O ônus da prova, aliás, é o grande problema da responsabilidade civil médica. Em poucas relações profissionais encontra-se uma das partes em situação de maior vulnerabilidade. Daí a necessidade de, mesmo mantendo-se sob a égide do regime da culpa o problema da responsabilidade civil médica, facilitar-se a defesa dos interesses do paciente. E isso se pode fazer através do mecanismo da inversão do ônus da prova (na forma prevista no Código de Defesa do Consumidor), a critério do julgador e relativamente a determinados aspectos do *thema decidendum*. Outros mecanismos podem ser lembrados, que visam facilitar a situação do paciente, quanto ao ônus probatório, como a teoria da *carga probatória dinâmica*, segundo a qual, o ônus probatório deve recair sobre a parte que se encontrar em melhores condições de produzir determinada prova (sobre este tema, v. Luís Andomo, "La responsabilidad civil medica", *AJURIS*, 59/224; Ruy Rosado de Aguiar Jr., "Responsabilidade civil do médico", *Revista dos Tribunais*, 718/39; Miguel Kfourir Neto, *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2002; Antônio Janyr Dall' Agnol Júnior. "Distribuição dinâmica dos ônus probatórios", *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, n. 280 [fev. 2001], p. 5-20).

Uma outra teoria que costuma ser aplicada em caso de responsabilidade médica é a da *res ipsa loquitur* (a coisa fala por si). Parte-se da idéia de que em determinadas circunstâncias, a simples ocorrência de um certo evento é suficiente para permitir a presunção (extremamente relativa, diga-se logo) de que o mesmo deve ter decorrido de algum procedimento culposos.

A teoria da *perda de uma chance* também tem aplicação em tema de responsabilidade civil médica. A rigor, uma tal teoria deve ser discutida no âmbito da análise do nexo causal, pois envolve aquelas hipóteses em que não se tem certeza se uma determinada ação tempestiva teria tido o condão de evitar um mal ou de obter um resultado positivo. Todavia, diante da relevância dos interesses em jogo, a inação torna-se intolerável e este juízo de reprovabilidade seria suficiente para se responsabilizar civilmente, por omissão, quem deixou de agir. No campo da medicina, exemplo adequado seria o do médico plantonista que, recebendo um paciente grave no meio da noite, examina-o e resolve encaminhá-lo para cirurgia apenas na manhã seguinte. Antes do amanhecer, porém, o paciente vem a falecer. Restaria, então, a dúvida: se a operação fosse realizada ainda durante a noite, ter-se-ia logrado evitar o óbito, ou este ocorreria de qualquer forma, diante da gravidade do estado do paciente? Nenhuma resposta absolutamente conclusiva poderá ser dada em tal hipótese. Mas basta, no caso, que se tenha negado ao paciente a chance, a expectativa, a esperança de sucesso com uma tempestiva intervenção cirúrgica, para que se tenha configurada a potencial responsabilidade civil do médico. Obviamente, em tal caso, poderá o médico demonstrar que sua intervenção em momento anterior igualmente seria inócua, diante da gravidade do caso. Isto porque quando está em jogo a vida humana, basta uma pequena probabilidade de sucesso de uma tempestiva intervenção, para que se tenha como subsistente o nexo de causalidade adequada entre a omissão e o evento danoso subsequente. Para mais informações sobre a aplicação da teoria da *perte d'une chance* no âmbito do direito comparado, consulte-se V. Zeno-Zencovich, "La Responsabilità Civile", in: G. Alpa et alii, *Diritto Privato Comparato - Istituti e problemi*, Bari, Laterza, 1999, p. 271ss.

⁶⁰ "Responsabilidade civil. Indenização por danos sofridos em consequência de infecção hospitalar. (...) I. Tratando-se da denominada infecção hospitalar, há responsabilidade contratual do hospital relativamente à incolumidade do paciente (...) II - Essa responsabilidade somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado. (...) " (STJ, 4ª. T., REsp 116372/MG, DJ de 02.02.98); no mesmo sentido: TJRS, A.C. 595060146, j. em 19.12.95, rel. Des. Osvaldo Stefanello.

extracontratual ocorria em 20 anos, na forma do art. 177 do velho código, em virtude da regra prevista no art. 179. No novo diploma, o prazo prescricional é drasticamente reduzido para três anos (art. 206, par. 3º, inc. V). Trata-se de sensível mudança.

Quanto aos fatos danosos ocorridos antes da entrada em vigor do novo Código, a disposição transitória do art. 2.028 prevê que “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

Da conjugação dos dois elementos que compõem tal suporte fático, deduz-se que a prescrição vintenária só continuará aplicável para os eventos danosos ocorridos até 11 de janeiro de 1.993. A todos os fatos ocorridos a partir de tal data, aplica-se a prescrição trienal prevista na nova codificação, contado o prazo a partir da data da entrada em vigor do novo diploma⁶¹.

CONCLUSÕES

Do quanto foi exposto, embora sem maiores aprofundamentos, podem ser extraídas algumas conclusões:

O novo código manteve a culpa (responsabilidade subjetiva), como fundamento básico da responsabilidade civil, como se percebe da cláusula geral do novo art. 186;

Robusteceu-se, porém, a tendência de objetivação da responsabilidade civil. Além de hipóteses pontuais de responsabilidade objetiva, como é o caso da nova responsabilidade subsidiária e mitigada dos incapazes (art. 928), da responsabilidade por ato lícito (arts. 188, I e II, c/c arts. 929 e 930, parágrafo único), da responsabilidade civil pelo ato de outrem (art. 932 c/c art. 933), da responsabilidade pelo fato dos animais (art. 936), das vetustas *actio de positis et suspensis* (art. 937) e *actio de effusis et dejectis* (art. 938), o novo diploma civilista criou três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva, de notável força expansiva. É o caso do exercício inadmissível de posições jurídicas, ou abuso do direito (art. 187), da responsabilidade objetiva por risco criado (art. 927, parágrafo único), e da responsabilidade pelo fato do produto (art. 931);

Não restou desautorizada toda a jurisprudência formada sob a égide do velho código civil, tendo o novo codificador recebido substancialmente as criações jurisprudenciais (como a responsabilidade objetiva pelo fato de outrem, embora anteriormente disfarçada com o rótulo de presunção de culpa; bem como o princípio da relevância civil da concorrência de culpas);

Confirmou-se, igualmente, os desenvolvimentos jurisprudenciais ocorridos em matéria de responsabilidade civil pelo fato da morte e por danos à pessoa, ao se

⁶¹ Foi esta a interpretação que acabou por prevalecer na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (STJ), em Brasília, em setembro de 2002. O enunciado da 14ª proposição, a respeito do art. 2.028, foi o seguinte: “A partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova lei (art. 206)”.

reproduzir substancialmente as rubricas indenizatórias/compensatórias já previstas sob o antigo código, acrescentando-se, porém, que tais previsões não excluem outras reparações (parte final do *caput* dos artigos 948 e 949);

O prazo prescricional das pretensões ressarcitórias por responsabilidade civil foi reduzido sensivelmente, abandonando-se a prescrição vintenária e adotando-se a prescrição trienal, adequando-se aos modelos existentes no direito comparado;

Como toda obra humana, é possível vislumbrar-se deficiências na nova sistemática da responsabilidade civil, principalmente se, com o auxílio do direito comparado, imaginar-se um sistema ideal, através da seleção do que há de melhor em cada um dos ordenamentos jurídicos mais conhecidos do mundo ocidental. Todavia, comparando-se globalmente a nova sistemática com os demais modelos existentes, conclui-se que o novo código (e aqui estou considerando apenas o formante legislativo, comparando-o com os sistemas legislativos alhures existentes, sem focar os desenvolvimentos jurisprudenciais de parte a parte) insere-se entre os modelos mais avançados. A técnica das cláusulas gerais, largamente utilizadas no âmbito da nova sistemática da responsabilidade civil, permitirá grandes desenvolvimentos jurisprudenciais, o que permitirá, inclusive, corrigir eventuais insuficiências ou deficiências presentes na obra legislativa. Até porque, como salientou o Prof. Miguel Reale, “a estrutura hermenêutica é um complemento natural da estrutura normativa”⁶², motivo pelo qual

o Código surge com a idéia de deixar algo a cuidado da doutrina e da jurisprudência, as quais virão a dar conteúdo vivo às normas, na sua expressão formal, para que se atinja a concreção jurídica, isto é, a correspondência adequada dos fatos às normas segundo o valor que se quer realizar⁶³.

Aliás, essa já era a recomendação de Portalis, o mais importante dos quatro redatores do *Code Civil* francês (que neste ano completa duzentos anos de ininterrupta vigência), em sua exposição de motivos:

une foule de choses sont nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes fécondes en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à diriger l'application”⁶⁴.

⁶² REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil**: Situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 12.

⁶³ *Op. cit.*, p. 9.

⁶⁴ Trad. livre: “inúmeras questões são necessariamente deixadas ao império dos usos, às discussões entre as pessoas instruídas e ao arbítrio dos juizes. A tarefa própria das leis é de fixar, através de grandes linhas, as máximas gerais do direito; de estabelecer princípios que sejam fecundos de conseqüências, e não de descer aos detalhes das questões que podem se originar de cada matéria tratada. Cabe ao magistrado e ao jurisconsulto, imbuídos do espírito geral das leis, dirigir-lhe a aplicação” – *apud* Antonio Gambaro e Rodolfo Sacco, *Sistemi Giuridici Comparati*, volume integrante do *Trattato di Diritto Comparato* (dirigido por R. Sacco), Torino: U.T.E.T., 1996, p. 299.